

27.

438



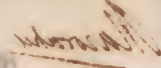
POR
EL CAPITAN
IVAN RODRIGVEZ MAchado de Herrera Betancor, Cauallero de la Orden de Santiago.

EN EL PLEYTO

CON DON BARTOLOME CASTELLAnos, de la misma Orden, vezinos de la Ciudad de Cadiz.

SOBRE LA SVGESSION DEL MAYOrazgo que fundó el Capitan Loréço de Herrera Betancor, Regidor perpetuo que fue della, y Cauallero del Abito de Christo.

En Granada. Por Francisco Sanchez, y Baltasar de Bolibar, a la entrada de la calle de Elvira, en la calleja del Correo viejo. Año de 1651.





STE PLEYTO MIRADO superficialmente, mas parece que inclina el animo a sentir por don Bartolome, que por el Capitan Iuan Rodriguez Machado; pero cōsiderado cō la atēciō de tā grādes, y doctos señores Iuezes, es mucho mejor la justicia del Capitan Machado, que la de don Bartolome su primo, el qual hasta aora no se ha defendido plenamente, porque no ha escrito, ni dado papel en derecho en que manifieste su justicia, y començando por el hecho del pleyto breuemente referido, passò en esta forma.

2 ¶ En 15. de Abril de 1641. se juntaron el Capitan Lorenço de Herrera Betancor, Iuan Castellanos su hermano, y don Bartolome Castellanos, hijo de Iuan, y sobrino de Lorenço, y fundaron vinculo y mayorazgo de vn acuerdo y conformidad de ciertos bienes q̄ expressā cō diferētes cōdiciones, que fuerō, que cada vno se auia de tener mientras viuiesse, sus bienes, y el vsufruto dellos, y q̄ en caso de sobreuiuir los vnos a los otros, el que quedasse auia de gozar de el vsufruto de los bienes de los demas enteramente llaman en quanto a la sucession a los hijos que tuuiesse don Bartolome, porque entonces, ni los tenia, ni era casado, y despues dellos al Capitan Iuan Rodriguez Machado, y despues del hazen otros llamamientos, y en falta de todos fundan vn Patronato con ciertas clausulas, y condiciones; ay clausula de no enagenar condicion de no reuocar, y se obligan al cumplimiento dello, con que dan fin a la fundacion, sin que aya aceptacion della, ni por los sucessores a quien llamaron, ni por ninguno de los tres fundadores, ni por el escriuano, ni por otra persona alguna.

3 ¶ En 6. de Mayo de 1641. se buelven a juntar los mismos tres fundadores, y refiriendo la escritura de mayorazgo que auian hecho, llaman despues de los sucessores que auiā nombrado en el, a los hijos y descendientes de Alonso de Castellanos su tio, y con esto quieren que la fundacion del mayorazgo se guarde, reseruando en si el hazer otras declaraciones en orden a su perpetuydad.

4 ¶ En 13. de Março de 1643. el Capitan Lorenço de Herrera solo fundò vinculo y mayorazgo de sus bienes, que expressa, y llamò en primero lugar al Capitan Iuā Rodriguez Machado su sobrino, y hijo del Capitan Pedro de Castellanos su hermano mayor, y a sus hijos y descendientes, y despues haze otros llamamientos, y entre ellos llama a don Bartolome,

y sus

y sus hijos, y en falta dellos funda vn patronato con ciertas cõdiciones: tiene pacto de no reuocar, reserua de vsufructo, clausula de constituto, y reuocacion expressa de la fundacion antecedente; y de las demas que huuiesse hecho, y jura la escritura.

5 ¶ Y en 11. de Mayo de 1646. el Capitan Lorenço de Herrera otorgó otra escritura, en que haze entrega Real al Capitan Iuan Rodriguez Machado de los bienes de que auia fundado mayorazgo, para que desde luego comience a gozarlos, y se desiste de el vsufruto de ellos, y en señal de possessiõ, y de irreuocabilidad, le entregá en presencia del escriuano la escritura de fundacion para que vse della, y las escrituras y titulos de todos ellos, buelue a poner clausula de constituto, pacto de no reuocar, y jura la escritura, y el Capitan Iuan Rodriguez Machado, que estaua presente, la aceta, y la possession q̃ se le dá dellos, y confiessa recibir la escritura de fundacion, y los demas titulos de la hazienda.

6 ¶ Y por el testamento con que murió el Capitan Lorenço de Herrera, buelue a reualidar, y manda guardar esta segunda fundacion, que hizo en fauor del Capitan Iuan Rodriguez Machado.

7 ¶ Muerto el Capitan Loréço de Herrera, se siguiò pleyto ante la justicia de Cadiz entre el Capitan Machado, y don Bartolome Castellanos, y su padre, sobre la possession de los bienes deste mayorazgo, y despues se introduxo en el Consejo por demanda de tenuta, pretendiendola don Bartolome en virtud de la primera fundacion, y el Capitan Machado, en virtud de la segunda, y se determinò en fauor de don Bartolome, dandole la tenuta dellos, y remitiendo la propiedad a la Chancilleria.

8 ¶ En la qual el Capitan Machado ha puesto demãda de propiedad a don Bartolome, que se ha ido siguiendo, y està visto el pleyto sobre ella, pretendiendo cada vno en fuerça de su escritura, y asi todo el punto de el pleyto se reduze a ver, y ajustar si la primera fundacion fue reuocable, porque si lo fue, es llana la justicia de el Capitan Machado, y si no lo fue, no tendrà derecho para pedirlo.

Refierense los fundamentos que Don Bartolome por su parte pondera.

9 ¶ Los fundamentos que don Bartolome por si põdera, para que la primera escritura de fundacion no se pudiesse reuocar, son los siguientes.

El

10 ¶ El primero, que està acetada la escritura por dō Bartolome, mediante el auer interuenido, y halladose presente a la fundacion, porque la presencia a el acto, aunque fuesse callando, se tiene por acetacion, y no es menester otra, Dom. Gouarr in Rubric. de testament. 3. part. num. 13. vers. *Verum si donatarius*, Dom. Molin. lib. 4. cap. 2. num. 76. Dom. Castillo tom. 5 cap. 80. num. 8. Thom. Sanchez de matrim. lib. 1. disput. 6. num. 16. Fontanell de pact. nupt. claus. 4. glos. 8. p. 2. á num. 23. Molin. de ritu nupt. lib. 3. quæst. 8. num. 25. & 26. Addent. ad Dom. Molin. dict. lib. 4. cap. 2. nu. 76. que assi dize vieron obtener.

11 ¶ El segundo, que esta fundacion fue vn contrato reciproco entre todos tres hermanos, y sobrino, y que como tal quedò irreuocable entre ellos, sin poder alterar los vnos en perjuyzio de los otros, por la l. de fideicomisso 11. C. de transactionib. glos. in l. licet, verb. *mortis*, C. de pactis, y por la dotrina de Mieres de maioratib. 1. part. quæst. 23. num. 18. & 19. & quæst. 33. num. 3. vers. *Limitatamen*, y de Menoch. cons. 1126. á num. 1. ad 20. lib. 12. y de el señor don Iuan de Larrea decis. 60. num. 7. & 8. tom. 2. que en el punto deste pleyto haze este mismo argumento.

12 ¶ El tercero fundamento es, que tiene reserua de vsufructo en la clausula, que está fol. 47. y causa irreuocabilidad en la disposicion en que se pone, l. quisquis 28. l. si quis argentum 35. §. sed si quidem, C. de donationib. l. 9. tit. 30. p. 3. Dom. Molin. lib. 4 cap. 2. num. 9.

13 ¶ El quarto, que tuuo pacto de no reuocar en la clausula, que està fol. 57. B. puesto por todos tres fundadores, y que esta clausula haze que el mayorazgo quede irreuocable, ex l. vbi ita donator, ff. de donationib. caus. mort. Tell. Fernãdez in l. 17. Taur. à num. 99. Peralta in l. cum pater, §. à filio, á num. 32. ff. de legat. 2 Dom. Molin. lib. 1. cap. 12. num. 21. & lib. 4. cap. 2. num. 40. vbi addent.

14 ¶ El quinto, que assimismo tiene clausula de no enagenar, y que tambien esta impide que passe el dominio en otro, l. si creditor, §. fin. ff. de distract. pignor. l. fin. in fin. tit. 5. part. 5. & ex adductis ad D. Molin. lib. 1. c. 12. n. 30. & 31.

15 ¶ Lo sexto y vltimo, se vale de otros dos medios, aunque mas flacos, e ineficazes, que son. El vno, que el Capitã Lorenço de Herrera trató el casamiento que celebrò don Bartolome con doña Iuana Fontani su muger, y que con atencion a esto fundó el mayorazgo en sus descendientes.

16 ¶ Y el otro, que la primera escritura de quinze de Abril, referida numero 2. está prouada, y confirmada por

la

la de seys de Mayo de 641. que se propone en el num. 3. y que tambien por estos dos medios quedò irreuocable.

Fundase, esto no obstante, la justicia de el Capitan Iuan Rodriguez Machado, y se responde a las oposiciones contrarias.

17 ¶ Pero sin embargo pretende el Capitan Iuan Rodriguez Machado, que la primera fundacion fue, y quedó reuocable, y que consiguientemente la pudo reuocar el Capitan Lorenço de Herrera su tio, y preferirlo a don Bartolome, como lo hizo en la segunda, por los fundamentos siguientes.

I. FVNDAMENTO.

Que fue esta vna donacion causa mortis.

18 ¶ El primero, que la donacion que en esta fundacion se haze, fue causa mortis; y se justifica porque la donacion causa mortis es: *Quæ propter mortis fit suspitionem, cum quis habere se mavult, quàm eum cui donat, magisque eum cui donat, quàm hæredem suum*, l. 1. ff. de donation. caus. mort. principio inst. de donationib. Anton. Gomez tom. 2. var. cap. 4. num. 15. Matienç. in l. 7. tit. 10. lib. 5. glos. 1. num. 1. Pater Molin. tom. 2. tract. 2. disput. 287. litter. A. Hermosill. in l. 11. titul. 4. part. 5. glos. 1. num. 1.

19 ¶ Y a esta definicion, ó descripcion conuienen las palabsas de las clausulas, porque segun ellas es cierto que los fundadores mas se quisieron a si que a nadie, pues no quisieron dar nada en su vida, si no gozarselo todo hasta despues de su muerte: consta de todo el contesto de ella, y especialmente de la clausula primera de las condiciones, que està despues de auer referido los bienes, y donde començaron a disponer de ellos, porque dizen f. 47.

20 ¶ *Lo primero, que yo el dicho Lorenço de Herrera Betancor he de tener, y gozar del vsufructo de las possessiones, jardin y bienes que yo entro, y pongo en este vinculo y mayorazgo, y en esta misma conformidad, y por este orden, yo el dicho Capitan Iuan Castellanos mientras viuiere he de gozar del vsufructo, rentas, y aprouechamientos que yo, y el dicho mi hijo entramos en este dicho mayorazgo.*

21 ¶ Y mas adelante dize: *Y por muerte de nos los dichos Capitanes Lorenço de Herrera, y Iuan Castellanos, ha de suceder, y gozar de los frutos y rentas de los bienes deste mayorazgo yo el Capitan don Bartolome Castellanos tan solamente los dias de mi vida.*

22 ¶ Y la sobreuiuencia de Lorenço de Herrera se puso fol. 48. in princip. illic: *Y para en falta del dicho don Bartolome Castellanos, y de su sucession legitima, ò muriendo el dicho don Bartolome antes que yo el dicho Lorenço de Herrera, no teniendo yo el dicho dō Bartolome Castellanos hijos, ni sucession legitima, en tal caso sobreuiuiēdole el dicho Capitan Lorenço de Herrera, he de suceder enteramente en el vsufruto de todas las rentas de los bienes deste dicho mayorazgo, mientras yo el dicho Capitan Lorenço de Herrera viuiere.* Con que estas clausulas, y palabras mas conuienen a donacion causa mortis, que a la de entre viuos, y demas desto se prueua.

23 ¶ Lo vno, porque no se expressò que donaua entre viuos, que es la clausula ordinaria que se suele poner quando tal disposicion se quiere hazer, y assi se toma presuncion para que sea causa mortis quando ella falta, Bart. in l. quæ dotis 34. num. 3. ff. solut. matrim.

24 ¶ El segundo fundamento es, que en haziendose en la donacion mencion de la muerte, es y se tiene por donaciō causa mortis, l. Seya, ff. de dote prælegat. glos. in l. quæ dotis 24 verbo, *tenebitur*, ff. solut. matrimon. Viuius commun. opinion. verbo, *donatio censetur*, Michael. Gras. de succesionib. verbo, *donatio causa mort.* quæst. 10. num. 2. Raudens. respons. 52. num. 36. Mascard. de probat. cons. 562. num. 1. Barbos. in l. quę dotis 34. num. 104 ff. solut. matrimon. que lo puso por regla, illic: *Ex his igitur habemus regulam esse constituendam, quod vbi in donatione fit mentio mortis, censetur esse donationem causa mortis.* Hermos. in l. 11. tit. 4. part. 5. glos. 1. num. 11. Y aqui no solo se hizo mencion de la muerte, pero se confirió todo su efecto para despues de ella, como se dirá en el fundamento siguiente.

25 ¶ Lo segundo, porque ni el Capitan Lorenço de Herrera, ni los demas fundadores passaron, ni quisieron passar en su vida el dominio de las cosas contenidas en ella en persona alguna, ni otro derecho hasta despues de su muerte, prueuasse de las clausulas que quedan propuestas, supr. à num. 19. y especialmente por no hallarse en ellas, ni en otra alguna las de *dedit, cessit, concessit, tanstulit, & consignauit*, ò las que les corresponden que son las q̄ se suelen poner quando se quiere passar el dominio, como por la l. vbi autē 75. §. fin. ff. de verb. obligat. §. sic itaque insta de act. resueluen Decius cons. 468. num. 10. Alexand. cons. 144. num. 3. lib. 5. Roman. cons. 44 nu. 4.

Felin.

Felin.in cap.cum venerabilis, num. 2.3. & 4. de exceptionib. y en terminos de otra donacion semejante Hondedæus conf. 18.num.1.tom.2.

26 ¶ Y porque por auerse dexado para despues de la muerte de los vnos, y de los otros, y el vsufructo, para en caso del que dellos sobreuiuiesse, como expressamente se dize en las clausulas, fue vn acto condicional, vt rectè comprobat Hōdedæus dict.conf.18.num.34. De que resulta, que no podia passar el dominio pendiente la condicion, aunque huuiera entrega de la cosa, l.si ego, §.si res alicui, ff.de iur. dotium, l. si sub ea conditione, ff.de condit.indebit. Bart.in l.sub conditione in fin.ff.de solutionib. vbi Immola num.4.in fin. Ias. cons. 149. num. 12.lib.4. Ruiu.cons. 143.num.14.lib.1. Honded. dict. cons. 18.numer. 36. &. 37. ni se dize la disposicion perfecta mientras no llega el caso della, l.cedere diem, ff.de verbor. signif. l.hec venditio 7.in princip.ff.de contrahend. empt. ni lo q se dá para despues de la muerte, no se deue antes della, Hondedæus dict.conf.18.n.40.tom.2.

27 ¶ Et cum quis ita donat, vt nolit dominium trāsferri, nisi morte sequuta donatio est causa mortis, Castrens. in l.qui superstiti, num.3 ff.de adquir.hæredit. Tello Fernandez in l 6.Tauri, num.62.& 63. Roland.conf.11, num. 14. vol.1. Thom.Sanch.de Relig.stat.lib.7.cap.7. nu. 52. Anton. Fab. de erroritb.pracm.decad.43.error.5.& 8. Dom. Larrea decis. 55.n.35.tom.2.

28 ¶ El quarto fundamento es, que aunque no es necessario estar en peligro de muerte, para que la donacion que se haze sea donacion causa mortis, l. Iulianus 2. in princip. ff. donationib.caus.mort. ibi: *Tres esse species mortis causa donationum, vnam cum quis nullo præsentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat*: quando lo está el que la haze, es tan precisa conjectura de ello, que aunque entregue, y passe el dominio desde luego, como se puede hazer en la donacion causa mortis, dict.l.2.ff.eodem, Barbos.in l.quæ dotis 34. nu. 111. in princip.ff.solut.matrimon. Dom. Larrea decis.55.nu. 34. tom.2. se ha de tener por tal, y no por donacion inter viuos, dict.l.Iulianus 2. ibi: *Aliam esse speciem mortis causa donationum, cum quis imminente periculo commotus ita donat, vt statim fiat accipientis*. Y el Capitan Lorenço de Herrera estaua en este peligro inminente, por ser muy viejo, como es notorio, porque asistiò mucho tiempo en esta Corte litigando, y consiguientemente se ha de dezir que donò estando en peligro della, l.5.& 6.ff.eodem tit.ibi: *Aut ætate confectus, hæc enim omnia instans periculum demostrant*. Y assi se ha de reputar por donacion causa mortis.

Contra

29 ¶ Contra estos fundamentos se pueden oponer tres cosas.

30 ¶ La primera, que quando la sustancia de la donacion es para luego, y la execucion de ella es solo la que se confiere para despues de la muerte, se tiene por donacion inter viuos, Bart. in l. quæ dotis 34. num. 3. ff. solut. matrimon. Bald. n. 7. Alexand. n. 6. y comunmente los ordinarios.

31 ¶ La segunda, que quando ay reserua de vsufruto en la donacion, tambien se tiene por de inter viuos, Alexand. cons. 14 num. 2. lib. 1. Ruin. cons. 182. n. 6. lib. 1. Crauet. consil. 214. à n. 11.

32 ¶ La tercera, que quando ay pacto de no reuocar tambien se tiene por tal, l. vbi ita donatur, ff. de donat. causa mort.

33 ¶ Pero se responde a la primera con lo que queda propuesto desde el num. 20. y 25. en que se prouò que de ninguna manera el Capitan Lorenço de Herrera quiso dar nada desde luego a su hermano y sobrino, ni a otra persona alguna, ni passar dominio, ni derecho alguno en ellos hasta despues de su muerte. Por lo qual no se puede aplicar esta primera oposicion, y se ha de tener por donacion causa mortis por los lugares citados en el n. 27.

34 ¶ Y porque para el caso en que puede proceder la sentencia del num. 30. es mejor explicacion la de Barbos. in d. l. quæ dotis 34. num. 109 vers. *Ex cuius morte*, ff. solut. matrim. que dixo: *Quod vbi mentio mortis apponitur verbis executiuis, videtur posita per modum dilationis: vbi autem verbis importantibus substantiã donationis censetur esse donatio causa mortis*, que es lo mismo que dixo Parisio cons. 16. num. 17 in fin. lib. 2. Alexand. cons. 14. num. 2. lib. 1. Decius in l. more, num. 33. ff. de iurisdict. omn. iud Anton. Gomez tom. 2. var. cap. 4 nu. 19. vers. *Quæ omnia*, Matienç. in l. 7. tit. 10. lib. 5. Recop. glos. 1. num. 5. Gamma decis. 381. n. 4.

35 ¶ Y aqui se ajusta esta dotrina, porque en la primera condicion en lo dispositiuo se pone por condicion, que auian de tenerse sus bienes mientras viuiessen, demanera, que solo para en caso de morir quisieron donar, y las clausulas de no contrauenir, y no reuocar, que es lo que puede mirar a donacion entre viuos, estan en lo executiuo en el fin de la escritura, fol. 57. y assi no obsta la primera oposicion.

36 ¶ A la segunda se responde, que la reserua de vsufructo (quando fuera propia y formal, y pudiera obrar los efetos de tal, que no lo es, ni obra, como se dirá infra, num.) no es contraria, ni repugnante a la donacion causa mortis, quã

do

do las demas palabras le conuienen, que es auer hecho en el principio de la donacion, ò en lo dispositiuo della mencion de la muerte, l. Sey a 42. ff. de donationib. causs. mort. que prueua esta conclusiõ en mas apretados terminos, porque huuo entrega hecha al donatario de los mismos bienes, y lo resueluen Barbos. in dict. l. quæ dotis 34. num. 110. in fin. ff. solut. matrim. ibi: *Infertur, quod si in initio donationis facta sit mentio mortis, vt quia dicatur dono tibi post mortem reseruato vsufructo dum vixero, censebitur esse donatio causa mortis, quia mentio mortis ipsam principalem donationem videtur respicere.* Y assi responde Barbos. a Alexand. Ruin. y Crauet. que quedan referidos en el nu. 31. y el los propone en aquel lugar. Y lo mismo prueua Gracian. discept. 16. to. 5. cap. 854. num. 46. Post. Roman. Alexand & Mandos. quos allegat.

37 ¶ A la tercera oposicion del num. 32. se responde, que la condicion de no contrauenir, ni reuocar, que como queda advertido, està puesto entre las clausulas de lo executiuo de la escritura en el fin della, fol. 57. no es poderosa para obrar q̃ la donacion passe a ser y tenerse por de entre viuos, auiendo palabras en lo dispositiuo, que correspondan a donacion causa mortis, ya por las dottrinas propuestas en el num. 34. y porque sin contrauenir a estas clausulas se puede reuocar. Esto se haze conforme a su misma naturaleza, vt ex l. quæro, §. interlocutorem, ff. locati: en terminos afirman Bald. in l. cum quis, column. 2. ff. de condit. ob caus. Alexand. in dict. l. quę dotis 34. num. 11. Claudius num. 9. Guillerm. Benedict. in cap. Raynuntius, verbo, *testamentum* 4. num. 27. Socinus iunior in l. 2. num. 40. ff. de legat. 1. & in l. qui Romę, §. duo fratres, num. 44. ff. de verbor. obligationib. Cotrasius in l. vbi ita donatur, n. 4. ff. de donationib. caus. mort. Gutierrez de iurament. confirm. 1. part. cap. 12. num. 5. Corneus cons. 126. à num. 10. lib. 1. Ruinus cons. 51. num. 14. & cons. 170. nu. 14. libr. 1. Socinus iunior cons. 114. num. 15. lib. 3. Dom. Molin. lib. 4. cap. 2. num. 46.

38 ¶ Y vltimamente, porque en duda se presume donacion causa mortis, y no inter viuos, glos. 1. in dict. l. quę dotis 34. ibi: *Si veró probatur animo donandi factum, in dubio præsumitur causa mortis*, vbi expressé Bart. num. 3. Alex. num. 9. Paris. consil. 16. num. 4. lib. 2.

39 ¶ Y en quanto a la disposicion que aqui hizo Iuan Castellanos, como esta no consistió, ni pudo valer en fauor de don Bartolome, y sus descendientes, si no es perseuerando el padre en la misma voluntad hasta la muerte, como se prouarà infra, num. 55. es sin duda, y se deue tener por donacion causa

 mortis,

mortis, porque solo tiene fuerça de vltima voluntad, y sigue su naturaleza, Tiraquell. in l. si vnquam, verb. *libertis*, á num. 119. C. de reuoc. donat. Iulius Clar. §. donatio, cap. 9. num. 6. Dom. Molina lib. 1. cap. 11. num. 9. & 10. Fontanella clauf. 4 glos. 7 part. 2. num. 54. ibi. *Vltimo pro huius materia complemento annotandum est donationem hanc patris in filiumque morte confirmatur vltimæ voluntatis sequi naturam, & quo ex ea capitur vim obtinere relicti.* Y si se tuuiesse por tal, no es dudable que se podia reuocar, toto tit. ff. de donat. caus. mort.

II. FVNDAMENTO.

Por ser donacion hecha a ausentes.

39 ¶ El segundo fundamento es, que la donacion de qualquiera genero que sea, que se haze a ausente, no vale miẽtras no se aceta por el, l. nec ambigi, C. de donat. l. etiam, l. absenti, ff. eodem, l. in omnibus, ff. de act. & obligat glos. communiter approbata, in l. illud verb. C. de sacrosanct. Ecclesijs, Bertrand. cons. 173. num. 14. lib. 1. Natta cons. 94. num. 5. Decius cons. 232. num. 26. Celsus Lug. cons. 64. num. 7. Oldral. cons. 94. num. 4. Guid. Papa decis. 222. Maynard. decis. 7. lib. 4. Capitius decis. 180. num. 8. Iulius Clarus, §. donat. quæst. 12. num. 1. Thesaur. decis. 70. num. 1. Mantic. de contract. lib. 13. tit. 7. num. 1. Menchac. controuers. illustr cap. 62. nu. 10. Cancer. var. tom. 1. cap. 8. num. 36. Anton. Fab. de erroribus pracmat. decade 47. error. 1. & 2. Hermos. in l. 3. tit. 4. part. 5. glos. 1. num. 7. 8. & 9 fol. 245. tom. 1. Dom. Gregor. in dict. l. 3. glos.

40 ¶ Lo qual procede sin embargo de la l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. porque ella no obstante, se le ha de hazer saber la donacion al ausente por nuncio destinado para ello, y el la ha de acetar, y de otra manera no tiene subsistencia, como afirman Dom. Gregor. in dict. l. 3. tit. 4. part. 5. glos. 1. vers. *Sed an hodie*, Didacus Perez in additione ad Segur. in repet. l. filius dũ in ciuitate, num. 75. ff. de verbor obligat. Ioan. Horotius in l. iuris gentium, §. igitur nuda, num. 27. ff. de pact. & post alios Matienç. in l. 7. tit. 10. lib. 5. Recop. glos. 2. num. 16. Sanchez de matrim. lib. disp. 6. num. 20. y en el interim que no la aceta se puede reuocar, Castrens. cons. 195 nu. 2. secundo dubio, lib. 2. Cephal. cons. 440. à n. 30. ad 58. lib. 3.

41 ¶ Este fundamento se ajusta al pleyto, porque la donacion no se la hizieron los vnos a los otros, porque todos

tres

443

tres fueron fundadores, sino se hizo a personas ausentes, como eran todos los que llamaron, y no huuo acetacion alguna, ni de presentes, ni de ausentes, como se tratará exacta en la respuesta al primero fundamento de don Bartolome, infra n. Y con este supuesto queda firme este fundamento.

III. FVNDAMENTO.

De el defecto de la insinuacion.

42 ¶ El tercero defecto y nulidad que tuuo por que se puede reuocar, es, que si don Bartolome pretẽde que fue donacion entre viuos, se deuiò insinuar en lo que excediò de quinientos sueldos, por ser este acto preciso en la donacion; y no lo haziendo, ella queda imperfecta, y nula, y no passa dominio ni derecho alguno en el tercero, ni aun produze obligacion natural, l. sancimus 34. & l. penultima, vers. fin. C. de donationibus, l. 8 tit. 4. part. 5. Y es conclusion que todos reconocen, refiere muchos Gratian. discept. tom. 3. cap. 483. á num. 16. ibi: *Etenim antequam donatio insinuetur lex, illam habet pro non scripta, & intellecta, & sic neque in instrumentum intelligitur celebratum, neque accessisse aliquem consensum donantis. Vnde neque aliqua obligatio, naturalis oritur, quasi lex prohibeat, seu resistat tali donationi, antequam appareat, quod donator velit permanere in voluntate continuandi donatione, de qua tunc dicetur constaret, quando interuenit actus insinuationis.* Y en el num. 24. *Quare passim donans, potest contrauenire donationi non insinuatæ, imò etiam illam reuocare, cum non sit perfecta antequam insinuetur, & nullum ius fuerit adquisitum donatario.* Lo mismo resuelven Iulio Clar. §. donatio, quæst. 17. à numer. 2. Fontanell. de pact. nupt. tom. 1. claus. 4. gl. 28. n. 8. D. Castill. lib. 5. c. 100. à num 9. Y lo mismo procede en las donaciones que se confirman por la muerte del que dona, como son las de entre padre, y hijo, y las semejantes, que tambien sin insinuaciõ son nulas. Y aunque muriera el padre en la misma voluntad, no estando insinuada, no valiera, l. donationes quas parentes 25. C. de donationib. inter, Fontanell. claus. 4 glos. 7. p. 2. n. 52.

43 ¶ Y supuesto que aqui no huuo insinuacion, fue nula la donacion, y se pudo reuocar.

44 ¶ Y si se opusiere, que en fundaciones de mayorazgo no es necessaria insinuacion, ex Dom. Molin. lib. 2. c. 8. à num. 14. ad 19.

45 ¶ Se excluye, con que la autoridad del señor Molina quando en si fuera cierta, que tomada con la generalidad

que

que la pone, no lo es: no es aplicable al pleyto, porque el principal fundamento que haze es en la l. hoc iure, §. final, ff. de donat. donde la condicion del apellido se tiene por grauamen q̃ haze la donacion ob causam, ibi: *Si tibi centum expopondero hac conditione si veras iste nomen meum laturum non esse donationem, quia ob rem facta est, & res sequuta est.*

46 ¶ Pero en esta fundacion aunque ay la misma cõdicion, no es, ni se puede tener por grauamen en don Bartolome, porque el nombre y apellido que se puso de *Castellanos, de Herrera, Betancor*, era el propio que don Bartolome tiene, y de el que se nombra en la fundacion, por ser sobrino del Capitan Lorenço de Herrera, hijo de su hermano legitimo de padre y madre, y asi no era grauamen, sino interes, y autoridad de dõ Bartolome conseruarle su apellido, familia y linage con mayor hazienda, como indiuidualmente responde el señor Larrea decis. 66. num. 43. tom. 2. ibi: *Neque obstat etiam, quod de nomine, & stemmatibus Sentilicij grauamine adiectum, argum. l. hoc iure, § fin. ff. de donat. &c. Nam inde constat totum, quod ad hoc grauamen spectat non respicere onus, sed causam lucratiuam donatarij.; quia idem nomen Sentilicij erat, quod donatricis.*

47 ¶ Ni tampoco obsta mas el otro fundamento que haze el señor Molina, de que se ha de considerar este, y los demas grauamenes que la fundacion tuuiere para escusar la insinuacion.

48 ¶ Porque este compuesto aqui no està hecho, ni prouado, y no basta ser donacion ob causam para escusar la insinuacion, porque esto solo se entenderá en lo que la donaciõ correspondiere justa y legitimamente a los grauamenes, porq̃ en lo que excediere es donacion simple, y lucratiua, y se ha de insinuar, como afirman Baeza de non meliorand. cap. 32. n. 8. ibi: *Quoniam donatio ob causam solum dicitur titulus onerosus proportione æquiualenti causæ. quantum tamen excedit, dicitur titulus lucratiuus, & mera gratuita donatio.* Barbos. in l. 2. part. 1. num. 171. ff. solut. matrim. Surd. de aliment. tit. 1. quæst. 48. num. 24. Gratian. discept. tom. 2. cap. 343. num. 5. & 6 Fontanell. de pact. nupt. tom. 1. claus. 4. glos. 28. num. 8. & glos. 19 part. 1. num. 34. donde dize, que asi se determinó, y en esta conformidad entendieron la opinion de el señor Molina sus adicionadores, dict. lib. 2. cap. 8. num. 14. ibi: *Et hæc conclusio, quod in donationibus ob causam non requiratur insinuatio, intelligi oportet in eo, quod est intra causam: secus veró in eo, quod extra causam est.*

49 ¶ Y asi si los grauamenes no llenaron el valor de los bienes en lo que excediò de 500. sueldos, se auia de insinuar ò quedó ninguna.

Y si

56 ¶ Y si quisieren q̃ la carga igualò al valor dellos, serà mas contra si en el punto de la acetacion, como se ponderará in fra, num.

51 ¶ Ni tampoco obsta lo que el señor Molina considera de la causa publica en la conseruacion de los mayorazgos, porque esta limitacion no la introduxeron, ni reconocieron las leyes, y porque la misma causa publica ay en las donaciones para casamientos, por ser dotes, y sin embargo en lo q̃ exceden del grauamen se han de insinuar siendo mas de los quinientos sueldos, como con otros que cita resuelue Fontanell. tom. 1. claus. 4. glos. 28. num. 8. & glos. 19. part. 1. num. 34. Con que sin embargo de la autoridad del señor Molina, procede este fundamento en nuestro fauor.

IV. FVNDAMENTO.

Por la igualdad que deue auer en los contratos, y poder reuocar esta disposicion el Capitan Iuan Castellanos, y don Bartolome su hijo por sus partes.

52 ¶ El quarto fundamento es, que en los contratos ha de auer igualdad entre los contrayentes, l. penult. in fin. C. commun. diuidund. Crauet. cons. 70. num. 1. Gratian. c. 195. num. 15. tom. 1. y no ha de claudicar el contrato de la vna parte, y estar desigual, ni esto se permite, l. 1. de rescindend. vend. l. si cum dies, §. penult. ff. de arbitr. Alex. cons. 40. num. 1. lib. 5 Gratian. cap. 442. num. 10. tom. 1. que dize, que ha de auer igual libertad en ambas partes, Surd. decis. 52. nu. 9. Menoch. cons. 122. num. 39. & pluribus comprobat Barbos. axiomat. 57. num. 2.

53 ¶ Y no llegando, como no llegò a tener esta fundacion entera perfeccion, y irreuocabilidad de parte del Capitã Iuan Castellanos, y de don Bartolome su hijo, no se puede pretender, que de parte de Lorenço de Herrera la aya de tener, si no que como Iuan Castellanos, y dõ Bartolome los dos juntos, y cada vno de por si podian reuocar por su parte la fundacion, assi tambien lo auia de poder hazer Lorenço de Herrera.

54 ¶ Pruevase la menor del argumento en quanto a Iuan Castellanos, porque lo que el padre dona al hijo que está en su potestad, ó consiente que de sus bienes venga a el, no queda perfecto, si no es que el padre persevere en aquella misma voluntad hasta la muerte, y puede revocar libremente la donacion, ò consentimiento que huviere dado mientras vive, l. donationes 25. in princip. C. de donationib. inter, l. 2. C. de inofficios. donationib. l. filiæ, C. famil. erciscund. l. cum dominus, §. filius, ff. de periculo, & tradunt Bald. in Auth. si quas ruinas, num. 5. & 6. C. de sacrosanct. Eccles. Corneus cons. 282. num. 10. lib. 3. Crotus cons. 32. num. 27. lib. 1. Gozadin. cons. 75. num. 11. Socinus cons. 25. num. 14. lib. 1. & cons. 127. nu. 9. lib. 3. Natta cons. 475. num. 4. ad 14. Menoch. cons. 161. n. 51. lib. 2. Surd. cons. 351. á num. 27. ad 29. & num. 39 lib. 3. Gratian. tom. 2. cap. 405. num. 18. & 29. tom. 2. y mas latamente cap. 663. num. 6. & 7. num. 17. ibi: *Secus in donatione paterna, quã pater potest revocare quoad filium in potestate, cum illa non sit perfecta, nisi pater remaneat in eadem voluntate.* Y lo mismo comprueva en el num. 18.

55 ¶ Y aun demas de la perseverancia de el padre en la misma voluntad, requieren los Doctores otras tres cosas. La vna, que en vida le aya entregado la cosa que le dona. Y la segunda, que el hijo sobreviva al padre, Fachineo lib. 3. controvers. cap. 7. Avend. in l. 44. Taur. glos. 9. num. 1. Cancer. var. part. 1. cap. 8. num. 52. & 53. Y la tercera, que avia de ser la donacion moderada, y no excessiva, Camill. Borrell. in summa decis. tit. 10. num 122. y todas las juntó Hermos. in l. 3. tit. 4 p. 5. glos. 1. n. 19.

56 ¶ Y que Iuan Castellanos tuviesse en su patria potestad a don Bartolome su hijo, se deve tener por provado, porque ni estava casado, ni tenia estado que podia ser contrario, y ser esta la presuncion de derecho en el interim que por el hijo no se prueva lo contrario, Bertrand. cons. 195. num. 2. lib. 1. & cons. 4. num. 8. lib. 2. Paleotus de notis, & spurijs, cap. 20. in fin. Menoch. lib. 6. præsumpt. 55. num. 2. & 8. Respecto de lo qual pudo Iuan Castellanos revocar aquella donacion, ò disposicion que hizo en quanto pudo ser en favor de don Bartolome su hijo, y sus descendientes, y lo mismo es justo que pudiesse hazer Lorenço de Herrera.

57 ¶ Y en quanto a don Bartolome, es cierto assimismo que pudo revocar, y contravenir, y no estar, ni passar por aquella disposicion, porque no consta, ni se hallará en toda la escritura que renunciasse especial, y expressamente su legitima, para que Iuan Castellanos su padre se la pudiesse gravar

con

445

con vinculo y mayorazgo perpetuo, siendo esto tan preciso, que si no es que el hijo especial y expressamente renuncie, no puede ser prejudicado, l. si quando 35. §. & generaliter, C. de inofficios. testament. ibi: *Nisi hoc specialiter, siue in apocha, siue in transactione scripserit, vel pactus fuerit, quod contentus relicta, vel lacta parte de eo quod deest, nullam habeat quæstionem: tunc enim omni exclusa querella paternum amplecti compelletur iudicium*, l. 5. vers. *Otro si dezimos*, tit. 8. part. 6. Iason in dict. §. & generaliter, num. 5. Beroius in cap. Rainuntius, num. 220. de testament. in cap. 1. nu. 187. de iudic. Cephalus cons. 127. num. 9. volum. 1. Decius cons. 205. num. 3. Ruinus 117. num. 10. lib. 2. & 54. num. 7. lib. 3. Roland. 37. num. 13. lib. 2. & 62. lib. 3. Cald. Pereyr. respons. 4. pro Societ. Ies. num. 4. in fin. Rodericus Suarez in l. quoniam in prioribus, ampliat. 9. num. 4. vers. *Sic ergò*, Peregrinus de fideicom. art. 51. num. 23. in fin. & art. 36. num. 82. & 98. Morquecho de diuis. bonor. lib. 4. cap. 4. num. 21. Surd. de aliment. tit. 9. quæst. 15. num. 4. Mantica de coniectur. lib. 7. tit. 8. num. 8. Gratian. tom. 2. cap. 247. num. 28. ibi: *Cum per huiusmodi simplicem consensum non sibi præiudicauerit, nisi specialiter, & in indiuiduo fuerit etiam legitimæ renuntiatum*, & numeris sequentibus, & tom. 4. cap. 627. num. 23. & cap. 751. num. 18. 20. 21. & 22. illic: *Et vltra dictum grauamen etiam postea est necessarius consensus filij, qui in tali approbatione voluntatis patris expressè suæ legitimæ renuntiet*. Cancer. var. tom. 1. cap. 3. nu. 44. Dom. Castillo lib. 5. cap. 107. n. 54.

58 ¶ Y en tanto grado procede esto, que no bastara la simple aprouacion, ò consentimiento del hijo de la disposicion en que se le huuiesse grauado la legitima para quedar prejudicado en ella, y sin embargo la podria sacar libre, dict. l. si quando, §. illud, & §. generaliter, C. de inofficios. testament. Suarez in dict. l. quoniam in prioribus, ampliat. 16. num. 3. in fin. Gutierrez de iurament. 1. part. cap. 19. num. 1. in princip. & in fin. dict. num. 2. ibi: *Generalis renuntiatio hæreditatis futuræ non comprehendit legitimam renuntiantis*. Gratian. dict. cap. 751. num. 22. tom. 4. ibi: *Quia aliàs approbatio simplex sine istis requisitis non præiudicaret*. Y lo mismo afirman Socinus Senior cons. 230. num. 2. volum. 2. Socinus iunior cons. 112. numer. 24. lib. 1. Menoch. cons. 71. num. 9. & 10. lib. 1. Iosephus Ludouic. decis. Rot. Lucens. 24. á num. 28. cum seqq. Trentacinq. var. tom. 1. tit. de legitim. resolut. 4. num. 6. Dom. Castill. lib. 5. cap. 107. num. 57. vers. *Septimo limitatur*, Peregrin. artic. 36. num. 89.

59 ¶ Y en terminos de aprouacion de otra donacion semejante, se resoluiò assi en Rota, decis. 63. ad finem, versic.

Præ.

Præterea licet, de appellationib. in nouis. Menoch. cons. 131. num. 5 Grat. cap. 247. num. 41. ibi: *Non est dicendum vt filius approbando simpliciter donationem præiudicet sibi, in legitima respectu illius donationis, quæ transit in substitutum, cum talis consensus possit habere diuersum finem, vnde non intelligeretur facta renuntiatio, de qua debet clarè apparere.*

60 ¶ Y aun demas desto era necessario que fuesse este consentimiento, ò renunciacion jurada, porque contiene en si pacto de no suceder, Dom. Molina lib. 2. cap. 3. numer. 50. ibi: *Quod iuramentum interuenire debeat, cum in effectu hæc sit renuntiatio hæreditatis viuentis, quæ absque iuramento non valet.* La misma sentencia tienen Ceruant. in l. 6. Tauri, num. 86 vbi Tell. nu. 64. Azeued. in l. 1. tit. 8. lib. 5. Recop. num. 79. Gutierr. in cap. quãuis pactum in initio, num. 50. & de iurament. 1. part. cap. 19. num. 2. & 4. Anton. Gomez in l. 22. Taur. nu. 3. & ibi Valdes, Menchac. de success. creat. 1. part. lib. 2. §. 17. num. 18. & 22. & 44. & lib. 3. §. 1. num. 134. & 135. Sanchez de matrim. lib. 6. disp. 4. num. 19. Molin. de iust. disp. 579. num. 12. & 13. Cald. Pereyr. in resp. 4. pro Societate Iesu, quod post tertiam partẽ de emphit. Morquech de diuis. lib. 4. cap. 4. num. 45. Cancer. lib. 3. cap. 7. á num. 92. Fontan. claus. 4. glos. 24. num. 53. Hermos. in l. 11. tit. 4. part. 5. glos. 8. num. 6. que todos hablan en semejantes renunciaciones de hijo a padre, ó de padre a hijo, en que dizen no auer diferencia, y especialmente P. Mol. Thomas Sanchez, y los Addit. que assi lo resueluen.

61 ¶ Y aunque algunos Autores en quanto al padre, respecto de el hijo, han sido de parecer que valdrà la renunciacion, ò pacto de no suceder, aunque no estè jurado: pero en el que el hijo haze en fauor del padre, absolutamente defienden que es sin juramento, no puede valer, porque es mas deuida la herencia del padre al hijo, que la del hijo al padre, y assi lo resueluen en terminos Bald. in l. quamuis, num. 8. C. de fideicómiss. Decio cons. 86. num. 5. Anton. Gomez in l. 6. Taur. n. 4. in fin. Matienç. in l. 1. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 3. num. 6. in fin.

62 ¶ Y assi està hecha con mucho arte de parte de Iuan Castellanos y su hijo esta fundacion, porque de ninguna manera ay renunciacion de legitima, ni consentimiento especial de que se la puedan grauar, ò quitar, ni tiene juramento para que se pudiesse hazer, ni para pedirla, ni venir contra la escritura.

63 ¶ Y pues por no auer interuenido ninguno destos requisitos, es cierto y sin duda que si Iuan Castellanos, y don Bartolome su hijo, ambos juntos, ò qualquiera dellos huuierã querido reuocar esta fundacion, y apartarse della, lo huuieran

podi-

podido hazer, afsi tambien lo auia de poder hazer Lorenço de Herrera por la igualdad que es justo aya en los contratos, y q̃ no claudiquen de la vna parte, si no que sea la potestad igual, ò para apartarse, ò para estar a ellos, ex dict. supr. n. 52.

V. FVNDAMENTO.

Por estar la cosa entera, y no auer tenido daño ninguna de las partes en su hazienda.

64 ¶ El quinto fundamento es, que como de todo el contexto de la donacion consta, y queda ponderado arriba, á num. 19. no se dieron, ni quisieron dar los vnos a los otros, ni a otra persona alguna, cosa alguna de sus bienes, y todo aquello se reseruó, y dispuso para despues de su muerte.

65 ¶ Respeto de lo qual, res adhuc omnino erat integra, respeto de todas las partes, por lo qual, y no auer llegado el caso, ni tiempo de la entrega, era licito, y permitido apartarse del contrato a la parte que quisiesse, l. dedi 3. §. sed si tibi, ff. de condit. caus. data, ibi: *Si non facis possum condicere, aut si me pœniteat, condicere possum*, & in §. qui si ita eiusdem legis, illic: *Vt intra certum tempus manu mittus, si nondum tempus præterierit, inhibenda erit repetitio, nisi pœniteat*, l. si pecuniam 5. in princip. eodem tit. ibi: *Sed cū per te non steterit, potest dici repetitionē cessare, sed cum liceat pœnitere ei, qui dedit, sine dubio repetetur quod datum est*, & in §. si seruum eiusdem, l. 5. *Si pœnituerit eum qui tradiderit, & super hoc eum certiorauerit, & fuerit manu missus post pœnitentiam, attamen actio propter pœnitentiam competit ei qui deddit.* Y esta sentēcia comprueuan Menchaca lib. 3. controu. cap. 59. num. 27. Hugo Donel. libr. 14. comment. cap. 22. Dom. Larrea decis. 67. nu. 41. tom. 2. ibi: *Nam in donatione ob causam re ad huc integra, ex latere eius, qui recepit quando scilicet causa ob quam datum secuta, non & licitum est donanti pœnitere, & cum donatrix ideò donaret, vt post mortem suam missarum sacrificia celebraret donatarius rectè poterit donatrix pœnitens repeteret, nec impedit non tempus perueniſſe, & paratum esse donatarium cum tempus aduenerit implere, quia ad huc re integra poterit, quia dedit pœnitere, & denunciari accipienti, vt ad impleat, & renuntiationem impleuerit, nihil ei proderit.*

VI. FVNDAMENTO.

Que se entregô la possession de este mayorazgo, y sus bienes al Capitan Machado, y no a don Bartolome, y que por esto ha de ser preferido.

66 ¶ El sexto fundamento es, que en la primera escritura de fundacion de ninguna manera se passó dominio, ni possession alguno por modo verdadero, ni ficto en los llamados en ella. Y en la segunda que se hizo al Capitan Iuan Rodriguez Machado se passò el dominio, y possession verdadera en el, y todas las vezes que se haze donacion a dos, ò mas de vna misma cosa se prefiere aquel a quiẽ primero se entrega, l. quoties, C. de reivendi. l. 50. ti. 5. par. 5. Giurb. decis. 59 Gratiano tom. 3. cap. 553. refiere, y junta muchos el señor Castillo lib. 5. cap. 80. num. 17. Thesaurus decis. 70. á num. 5. Hermosill. in l. 50. tit. 5. part. 5. glos. 1. à nu. 3. Y despues de otras Dom. D. Iosephus Vela dissert. 19. nu. 5. el qual en el num. 9. y 12. con los siguientes propone las razones desta conclusion.

67 ¶ Y aunque esta conclusion se pretende limitar quando ay en la primera escritura hipoteca de bienes con pacto de no enagenar, porque entonces se dize que se ha de estar a la primera, porque impide, que por la segunda passe el dominio.

68 ¶ Procede quando demas del pacto de no enagenar ay hipotecha especial, que la general no basta, Negusanc. de pignoribus, 2. part. membr. 1. num. 2. Gutier. in l. nemo potest, nu. 58. ff. de legat. 1. Rodriguez de reditibus, lib. 2. quæst. 9. num. 59. vers. *Sed am pactum*, Dom. Vela dissert. 14. num. 59. in fin. & dissert. 20. num. 14.

69 ¶ Y en la primera escritura no vuo pacto absoluto de no enagenar, ni hipoteca especial đ los bienes de la fundacion, y assi se ha de dezir que la segunda escritura se ha de preferir en la execucion que aunque le quede recurso al primero donatario contra el donador, por el interes, como algunos dixeron, ni este está aqui pedido, ni verificado, ni puede impedir la execucion, y cumplimiento de la segunda escritura de donacion, que es sobre lo que este pleyto se sigue.

70 ¶ Estos son los fundamentos que por parte del

Ca-

Capitan Iuan Rodriguez Machado se ponderan, que justifican su pretension, ò para que la primera fundacion se tenga por reuocable, ó para que la segunda que en su fauor se hizo fuesse exequible, y se deua preferir a la primera, de cuya justicia cõstarà mas claramente en la respuesta que se darà a los fundamẽtos que don Bartolome Castellanos por si pondera que quedã propuestos desde el num. 9. hasta el 16.

Respondese a los fundamentos que se põderan por Don Bartolome Castellanos.

I. FVNDAMENTO.

De la acetacion por la presencia, y respuesta de el.

71 OPinion es cierta, comun, y recibida que la acetaciõ es precissa para la irreuocauilidad de la donaciõ, y que quando no està acetada se puede reuocar, assi antes, como despues de la ley del Reyno, como latamente comprueuan, Dom. Molin. lib. 4. cap. 2. á num. 58. cum seqq. Morquecho de diuis. bonor. lib. 2. cap. 6. numer. 45. Zeuall. quæst. 54 in fin. Mieres 1. part quæst. 68. n. 9. q̃ dize està recibida por todos los Tribunales de España; Baibos. in l. 1. part. 3. num. 18. solut. matrim. Sanchez de matrim. part. 1. disput. 6. num. 19. Dom. Valençu. consl. 63. á nu. 28. Cancer. var. part. 1. cap. 8. num. 24. Dom. Castill. tom. 5. cap. 80. à num. 12. 16. & cap. 93. §. 8. numer. 16. vers. *Secundo deinde*, & lib. 6. cap. 151. num. 13. Addent. ad Molin. dict. lib. 4. cap. 2. á num. 58 Hermosilla in l. 4. tit. 4. part. 5. glos. 1. numer. 27. Noguerol alleg. 22. num. 6. Dom. Larrea decis. 91. num. 1. tom. 2.

72 ¶ Lo qual procede aunque despues de los llamados al mayorazgo, esté substituydo, y fundado patronato, que es causa piadosa, porque sin embargo era necessaria la aceptacion, y no se adquirió derecho alguno a los llamados, ni al patronato en el interin que no se acetó; y se pudo reuocar como en terminos afirman, Bart. in l. qui Romæ §. flabius, ff. de verbor. obligat. Dom. Molina lib. 4. cap. 2. num. 74. vers. *In primo casu*, & ibi Addent. Dom. Castill. tom. 4. cap. 5. num. 21. 22. & seqq.

seqq. Noguer. allegat. 27. Cancer. lib. 1. var. cap. 8. num. 37. in 2. additione, Dom. Valençuel. cons. 119. num. 10. & 11. & cons. 168. nu. 17. lib. 2. Hermosill. in l. 4. tit. 4. part. 5. glos. 1. num. 28. Noguer. allegat. 27. num. 17. & 19. ibi: *Quod si in donatione facta aliqui post eius mortem Ecclesia, seu alius tertius substituatur, potest donator substitutionem reuocare, & donationem factam Ecclesiæ ante aceptationem, quia in hoc nullo priuilegio vtitur Ecclesia.*

73 ¶ Y porque quando la causa piadosa, no està puesta en la donacion, como principal, y sin mistura de otra, ni fue el primero efecto della, no comunica sus preuilegios a los demas, ni tiene alguno, Abbas cons. 48. num. 3. Tiraquell. de priuileg. 100. Mantic. de contractibus, lib. 13. tit. 18. nu. 5. Dom. Larrea decis. 66. num. 38. tom. 2.

74 ¶ Esta acetacion no se presume, ni la suple el derecho, Bald. cons. 273. lib. 1. Decius cons. 442. num. 15. Crauet. cons. 33. num. 2. Tiraquell. in tract. de le mort. part. 7. declarat. 20. Maçolon. cons. 8. num. 7. Menoch. cons. 124. num. 121. lib. 2. Franchis decis. 60. num. 3. & 22. Dom. Valençuela cons. 63. n. 24. ibi: *Quia aceptatio non præsumitur ne suppletur à iure,* & cons. 168. nu. 18. tom. 2. Dom. Castillo lib. 5. cap. 80. num. 16. in medio.

75 ¶ Y quien la alegare la ha de prouar, l. matrem, C. de probationibus, Alciat. regul. 3. præs. 43. n. 3. D. Valenç. dict. cons. 63. num. 22.

76 ¶ Y en la escritura, de ninguna manera està, ni se halla acetacion alguna, ni de los que interuinieron en ella, ni de otra persona, y assi siempre quedó, y fue reuocable.

77 ¶ Pero pretédese induzir, y se quiere prouar cō dezir don Bartolome, q̄ el assistiò, se hallò presente, y interuino en la escritura de fundacion, y que desta presencia se induze la acetacion; por los lugares que quedan referidos, supra numer.

78 ¶ Pero esta oposicion, que es el principal fundamento de la otra parte, y en la que consiste el peso del pleyto se excluye por los medios siguientes.

79 ¶ El primero, porque no es omnimodamente cierto, que de la presencia se deduzga precissamente la acetació, porque como entre a prouar, y impugnar, se dá medió, como entre querer, ò no querer, Bart. in l. iam dubitari, ff. de hæred. instituéd. Innocentius in cap. prudentiam, §. 6. nu. 4. de officio delegat. vbi Ioannes Andr. num. 3. Decius in l. eius est nolle, ff. de regul. iur. cap. is qui tacet de regul. iur. in sext. vbi Dinus nu. 1. Surd. decis. 11. nu. 7. Y assi se dà diferencia entre el que està presente, y calla al que està presente, y consiente

que es como entendiò Tiraquell. el text. in l. sicut, §. non videtur, ff. quibus mod. pig. vel hyp. soluit. Tiraquel. de retract. lignag. §. 1. glos. 9. num. 150. ibi: *Nam etiam, dict. l. sicut §. non videtur nuncupatim facit diferentiam, inter præsentem simpliciter, & consentientem, vt ille sibi non præiudicet hec contra.* Y antes no aceptando teniendo ciencia del caso, como la tiene el presente, se presume mas repudiacion, que aceptacion; l. recusari, ff. de adquirenda hæred. Castill. in l. 6. Taur. fol. 49. column. 2. vers. *Item repudiatio.*

79 ¶ Por lo qual huuo muchos DD. de grande autoridad, que tuuieron por cõstante que la presencia, y taciturnidad del donatario, no era bastante para induzir aceptacion, como no lo dixesse, como fueron Oldrald. cons. 149. sup. 1. quæst. in fin. Bart. in l. 1. in fin. ff. de adquirend. hæred. & in l. quod seruus, ff. de stipulat. seruor. Bald. in l. mater, col. vltim. vers. *Item quæritur*, C. de rei vindicat. & in l. si totas, C. de inofficiosis donat. Iannes Fabr. in §. legatum, in fin. inst. de legat. Fulgosius cons. 93. ad id de quo column. 1. Paulus de Castro cons. 339. dico non obstante, column. 2. lib. 1. & cons. 164 in præsenti causa quæ vocatur, colum. 7. vers. *Item non obstat quod gratia*, lib. 2. & laté, cons. 145. visis, ijs quæ narrantur, colum. 3. vers. *Secundo videndum est eodem*, lib. 2. Romanus cons. 295. donatio à patris per totum Farinac. Aret. cons. 17. consideratis, col. 4. vers. *Sed ex secundo capite*, & column. 6. vers. *Ex nobo etiam capite*, Socinus in l. 1. in fin. princip. ff. si ex noxal. caus. agatur, Tiraquell. in l. si vnquam, verb. *libertis*, num. 68. C. de reuocand. donat. Donde comprueua que no vale la presencia, y taciturnidad del donatario para la perfeccion de la donaciõ, y que se entienda que consiente, lo mismo funda Manuel Rodriguez in summ. cap. 29. conclus. 4. numer. 4. Y esta sea la primera respuesta.

80 ¶ El segundo medio es, que todos los Doctores, que en contrario se traen, y pueden traer, hablan formalmente en la presencia de el donatario, y dessa es la que induzen la aceptacion, como lo pueden ver por los que se citan, supr. num. Dom. Molina lib. 4. cap. 2. num. 76. ibi: *Sed donatarij præsentiam simul cum eius taciturnitatem aceptationem inducere*, & ibi Addent. *Donatarij præsentia cum eius taciturnitate*, Dom. Castill. lib. 5. cap. 80. num. 8. ibi: *Donatarij namque præsentia simul cum eius taciturnitatem pro acceptatione reputatur.* Y en esta conformidad hablan todos los demas.

81 ¶ Y aqui no se puede llamar don Bartolome donatario, porque fue fundador verdadero, y real, como los demas, ni se fundò en el el mayorazgo, si no en sus hijos, y en los

otros parientes à quien llamaron, que se prueua por diferentes clausulas de la escritura.

82 ¶ Por la primera, porque todos tres entran hablando vniformemente, como fundadores, illic: *Sea notorio à los que esta escritura de institution vieren, como nos el Capitan Lorenço de Herrera, &c. Y el Capitan Iuan Castellanos su hermano, y el Capitan Don Bartolome Castellanos su hijo, y sobrino, de vn acuerdo, y conformidad, dezimos, que considerandose por nos, que las haziendas diuididas, en breue tiempo se consumen, &c.*

83 ¶ Y la segunda clausula, es mas clara para esto, porque prueua ser los tres fundadores, y que fundauan el mayorazgo en los hijos, y descendientes de don Bartolome, y en los demas parientes que llamauan, haziendole diferencia real entre los vnos, y los otros, illic: *Deseandose por parte de nos los dichos otorgantes* (hablan todos tres) *que nuestra memoria que de perpetua, y que los hijos, y descendientes, que Dios Nuestro Señor de legitimo matrimonio diere a mi el dicho Capitan don Bartolome Castellanos, deudos y parientes de nos los dichos otorgantes sean fauorecidos, quando no en el todo, en parte de la hazienda, y caudal que su Diuina Magestad, nos ha dado con beneficio, y vtilidad suya, estamos de acuerdo de fundar, y instituyr vn mayorazgo perpetuo, &c.* Y asi dizen: *Fũdamos el dicho vinculo, y mayorazgo, donacion irreuocable perpetua de los bienes, y possessiones siguientes.*

84 ¶ Y esta clausula, por ser prohemio de la disposicion, es la que mas se deue atender, y la que dá inteligencia a toda la disponsicion, l. seia, ibi: *Propter legem in exordio datam*, ff. de donationibus, caus. mort. l. reg. §. licet, ff. de ior. & fact. ignor. Dom. Molin. lib. 1. cap. 5. à nu. 1. vbi Addent. Dom. Castill. lib. 5. cap. 93. §. 6. à nu. 2. & cap. 172. nu. 16. August. Barb. à num. 172. à num. 1.

85 ¶ Lo mismo consta, y la misma diferencia se haze entre los tres fundadores, y sucessores en otra clausula que està, fol. 57. B. in principio, ibi: *Y con condicion, que nos los dichos otorgantes, y las personas que sucedieren en los bienes deste vinculo, y mayorazgo, y cada vno en su tiempo, auemos de ser, y sean obligados a tener todos los dichos bienes pertenecientes a este dicho vinculo enbiestos, y bien reparados.*

86 ¶ Y lo mismo se prueua por otra clausula que está, fol. 58. B. in medio, que dize: *Y esto se ha de guardar, y cumplir todo el tiempo que viuieremos los restantes de los dichos fundadores, y por muerte nuestra todos los sucessores deste dicho vinculo, y mayorazgo para siempre han de ser obligados, y cada vno en su tiempo al cumplimiento desta memoria.*

87 ¶ Y es mas clara, y precissa, que todas las que sigue

gue, fol. 59. in principio, que dize: *Y demas condicion, causa, y obligacion de todos los llamados a este dicho vinculo, y mayorazgo despues de los dias de nos los tres fundadores que cada vno en su tiempo ha de ser obligado, no solo ha conseruar, y tener en pias, reparadas las possessiones, todas de este dicho vinculo, como và referido; pero demas dello han de ser obligados a aumentar, y acrecentar el dicho vinculo, y mayorazgo en cantidad de. 1 ʒ. ducados de principal cada año.*

88 ¶ Y assi fueron todos tres fundadores, y especialmente don Bartolome, que es contra quien se endereza el discurso, y aun el lo fue por tres medios, y assi mas precissamente que los demas. El vno, por auerse nombrado por tal en la escritura. El otro, por el consentimiento que se pretende, dió a su padre para que lo pudiesse hazer, que esto tambien era bastante para que se deuiesse tener por fundador, l. in ædibus 9. §. penult. ff. de donat. illic: *Quod filius familias patrij iusur, aut voluntate donauit per inde est ac si pater, ipse donauerit aut si mea voluntate rem meam tuo nomine*, Titio Donel. & tradunt Gamma decis. 218. num. 4. Dom. Molin. lib. 1. cap. 3. nu. 7. & ibi Addent. in fine, illic: *Secundum quod filius consentiens patri facienti maioratum dicitur filius facere*, Dom. Larrea decis. 60. num.   Y lo tercero por auer puesto don Bartolome bienes en la fundacion, como los demas, que fue el oficio de Regidor que tenia, vt in fol. 46. B. Ibi: *Itē vn oficio de Regidor perpetuo desta Ciudad, cō preuilegio de sexto voto, que yo el dicho Capitan don Bartolome Castellanos vsò, y exerciò en ella por merced de su Magestad, y con titulo suyo.*

89 ¶ Y auiendo de auer diferencia Real entre el donador, y el donatario, l. si quis pro eo 57. §. 1. ff. de fideiussorib. l. hæres, a debitores, §. quod si stipulator, l. vrarius, ff. eodem tit. porque nadie se puede obligar assimismo, Bald. in l. 2. nu. 1. C. de inofficiof. donationibus, Ant. Gomez lib. 2. cap. 13. num. 21. Gail. lib. 2. obseruat. 38. num. 2. Gutierr. de iuram. part. 1. cap. 4. num. 2. Capicius decis. 56. num. 2. Fontanell. tom. 1. claus. 4. glos. 7. part. 1. á num. 69. Hermos. in l. 3. tit. 4. part. 5. glos. 1. num. 13. in fin.

90 ¶ No se puede llamar, ni tener a don Bartolome, por primero sucessor deste mayorazgo, ni donatario, porque ni en el se fundó, ni se le diò este nombre, si no que real, y verdaderamente fue donador, y fundador, y assi se llamò expressamente en muchas partes de la escritura, y especial en la clausula del num 87. y consiguientemente su assistencia, y presencia quando de derecho pudiesse induzir aceptacion que no haze, ex dict. num.   fuera acetacion de donador, y compañero en la fundacion, lo qual no quita, ni pone en el caso, ni le haze irreuocable, como se prueua por tantas autoridades, como

quedan

quedan referidas en el num. ad num. donde en dos, ó mas que dispone, y funda juntamẽte, sin embargo que ambos concurren a un tiempo, y que el vno se halla presente a la disposicion del otro, y que su presencia alli podia ser acetacion del acto, como aqui se pretenda que la de don Bartolome lo sea, no por esto dixo, ni pensò alguno que la disposicion podia quedar irreuocable, si no todos pasan con grande llaneza por este punto, teniendola sin embargo del por reuocable.

91 ¶ Ni obstarà si se dixere q̃ a D. Bartolome en caso de sobre viuir a su tio, se le dà el vsufructo de sus bienes, como al tio se le diò en caso que D. Bartolome premuriese sin hijos, ó ellos faltassen, y que asi tenia este interes, y especie de sucession, y que mediãte ella podia obrar algun efecto la acetacion presunta del asistencia.

92 ¶ Porque se responde que el vsufructo que se dexa en caso de sobre viuencia que se pide para gozarle entre los fundadores, no altera la naturaleza de la fundacion, y la puede reuocar cada vno por su parte, como quando no le tuuiesse, y asi lo prueua singularmente Burgos de Paz in l. 3. Taur. 2. part. á num. 1219. vsque ad num. 1224. Y habla en caso mas apretado, que es quando auiendo muerto el vno, el que sobreuiuió auia gozado de los bienes del difunto en virtud de su disposicion, vt in dict. num. 1219. illic: *Ex eadem officina quoque procedit quod, & si maritus, & vxor eadem charta testentur, & suorum bonorum in testamento maioricatum erigant, seu alijs in rebus sua bona simul expendit constituãt, & vtrius que bonorum vsufructu super viuentem potiturum caueant, & super viuens alio mortuo præ dicto vsufructu fuerifruitus, quod nihilo o secus viuens testamentum prædictum quo ad eius bona ab rogare poterit*, siguele el señor Castillo lib. 2 cap. 18. n. 32. ibi: *Quarto extenditur testamentum á coniuge, super stite pro sua parte reuocari posit, quãuis maritus, & vxor simul textentur, & in aliquam causam sua bona simul expendi, aut conuerti constituant, & vtriusque bonorũ vsufructu super viuentem frui cauerint expresse.* Nam, *& si super viuens alio mortuo prædicto vsufructu fuerit fruitus id non impediet, quod minus testamentum prædictum quod ad sua bona reuocare posit.* Y esto mismo comprueua la decis. 60. del señor Larrea por toda ella. Y Iuan Gutierrez cons. 2. num. 6. Petrus Bossius de testament. coniugum, cap. 18. num. 1.

93 ¶ Muevese entre otras por dos razones Burgos de Paz. La vna, dict. num. 1219. *Tùnc quia dictus vsusfructus ob mutuum amore m potius ad inuicem relictus videtur, quam ob id quod testamentum non in mutetur.* De manera, que mas por amor, que por irreuocabilidad, se suele poner esta clausula. Y la otra, num. 1220. *Quim ex eo præ mortuum vsumfructum alteri concessi censendum est,*

est, quod alius sibi ipsi quoque tribuerit. Y assi no mira aquel pacto la irreuocabilidad.

94 ¶ Ni tampoco obstará dezir, que estos lugares hablan en fundacion de testamento, porque lo mismo deue proceder en la de cõtracto, quando el en si es reuocable, Dom. Larrea d. decis. 60. n. 14. ibi: *Ne maiorem vim potest habere, vt quis consentiat alterius testamento, quam cõtractus qui reuocationem admittit,* como esta donacion lo era, y porque la fundaciõ de mayorazgo, aunque se huuiesse hecho en contrato, habet vim supremi iudicij, y tiene naturaleza de vltima voluntad, Castillo in l. 44. Taur. glos. 1. vbi Dom. Palac. Rub. n. 2. & in cap. per vestras, §. 44. nu. 34. & 35. Menchac. de succes. creat lib. 1. §. 1. num. 32. Dom. Greg. in l. 43. tit. 5. part. 5. glos. verb. *non vale,* Dom. Molin lib. 2. cap. 12 á nu. 1. & 2. Pater Molin. disp. 58. num. 4. Mieres 1. part. quæst. 17. num. 1. Auendaño in dict. l. 44. Taur. glos. 3. numer. 1. Y assi los mismos efectos ha de obrar la sobreuiuencia para el vsufructo en el vn caso, que en el otro.

95 ¶ Y finalmente damos fin a esta segunda respuesta con el que diò Burg. de Paz a la suya, dict. nu. 1224. in fine. Afirmando, que el acto de gozar deste vsufructo no era acetacion de la disposicion, ibi: *Quin nec dictum onus, vtpoté, quod iure subversum ipsorum fructuum fruitione aceptatum videtur.* Y le sigue Dom. Castill. dict. lib. 2. cap. 18. num. 33. ibi. *Quod nec hæreditatis additione, nec fructuũ perceptione prædictũ onus acceptatũ videtur, nec fieri potest irreuocabile testamentum.* Vease, segun esto, quanto menos se podrá dezir que fue acetacion la assistencia de don Bartolome a la disposicion quando Lorenço de Herrera reuocò la suya tanto tiempo antes que muriesse, y sin auer gozado nada del vsufructo de don Bartolome, ni de su padre.

96 ¶ La tercera respuesta es, que quando para la perfeccion, y irreuocabilidad del acto, se requiere el consentimiento, ò aceptacion de vno, à de ser expresso, y no basta el tacito, Aretinus in l. 2. §. voluntatem in primo notabili, in fin. vbi Iason num. 3. ff. soluto matrimon. Tiber. Decian. cons. 38. num. 4. Menoch. cons. 1168. num. 3. lib. 12. Surd. decis. 302. num. 6. & 7. Gratianus tom. 5. cap. 980 num. 1. ibi: *Cum enim simus in consensu requisito ad actum non potest dic., quod interuenerit, nisi doceatur de expresso consensu tanquam tacitus non sufficit.*

97 ¶ Y siendo necessario segun derecho el consentimiento del donatario para la validacion, y perfeccion de la donacion, l. in omnibus 54. ff. de actionibus, & obligationib. ibi: *Nisi animus vtriusque consensit,* y se comprueua con los lugares que queda referido, supr. num. 13. no se puede pretender

que el consentimiento tacito, y presumpto baste.

98 ¶ La quarta respuesta es, que quando la donacion tiene algunas cargas, ó grauamenes que pueden ser de perjuyzio al donatario, todos los DD. conuienē que en estos terminos no basta la acetacion tacita, ò presumpta, si no que es necessario que expressamente acepte, y de otra manera no vale, y se puede reuocar, Anton. Gom. to 2. var. c. 9. n. 2. Tobias Noniuss cons. 56. n. 25. Pacianus cons. 77. n. 38. & 39. Peregrin. de fideicommis. artic. 2. num. 66. Sanchez de matrim. lib. 4. disput. 7. num. 12. Cancer. var. tom. 2. cap. 8. num. 47. 48. & 49. Gratian. tom. 2. cap. 260. á num. 13. & cap. 730. num. 40. & 795. nu. 5. tom. 4. Dom. Castill. lib. 5. cap. 80. nu. 16. in fin. Y aqui esta donacion contenia grauamenes que lo podian ser para don Bartolome, como eran. El vno, vincularle todos sus bienes. El otro, que si don Bartolome muriesse primero que su tio sin descendientes, quedaua grauado, y sin poder disponer de toda la hazienda. El tercero, que quando no sucediesse esto, y sobreuiuiesse don Bartolome, y se quisiesse tener por su cessor, auia de emplear cada año 1 ij. ducados en propiedades para el mayorazgo, que no cōstando lo que importa la renta, ni vale, podia ser este grauamen tan grande que excediesse al interes, pues siendo hijo vnico eran todos los bienes suyos, excepto el quinto.

99 ¶ La quinta respuesta es, que siendo como era grauamen de la legitima de dō Bartolome, y siendo esta tā cōsiderable, como de todos los bienes, excepto el quinto, era necessario especial, y expresso consentimiento suyo, y jurado, porque de otra manera, ni quedaua consentida, ni prejudicado don Bartolome, como tan latamente queda prouado, supr. á num. 57. y assi la presencia al acto no pudo induzir acetacion, ni hazerle irreuocable. Y a buen seguro, que si se huuiera trocado la suerte, y don Bartolome, y su padre se viessen morir sin descendientes, y que sobreuiuia el Capitan Lorenço de Herrera, que no les faltara medio, ni dexaran de intentarlo para disponer de sus bienes a su voluntad.

100 ¶ La sexta respuesta es, que el consentimiento no se extiende mas de aquello q̄ de necessidad se infiere del acto a que assiste, Bart. in l. 1. §. hoc interdicto, ff. de itiner. act. que priuat. Surd. cons. 126. nu. 33. lib. 1. & cons. 190. nu. 58. lib. 2 Beccius cons. 106. nu. 46. Grat. discept. tom. 2. cap. 356. num. 36. ibi. *Et generale est, vt consensus qui ex actu colligitur, non extendatur, vltra id quod ex ipso actu de necessitate infertur.* Y lo mismo repite en el cap. 486. num. 16. tom. 3. & cap. 697. nu. 7. tom. 4.

& tacitus

& tacitus consensus non extenditur extra illud quod sonat, licet aliud sit in expresso.glos. in Clement.sæpè,in verb. de pactio de verb. signif.Belamer.decis. 747.numer. 2. Gratian, tom.4 cap.606. numer. 3.

101 ¶ Y quando la presencia de vna parte es, y puede obrar en vna cosa, no se puede, ni deue extender a otra, que fue doctrina de Franc. Aretino in l. si tibi pecuniam in fin. versic. *Et aduerte*,ff.si certum petat, que dixo: *Quod si contractus, vel donatio fieret corã iudice propter aliam solennitatem, quam propter insinuationem quæ de iure requiritur, quia forté ex statuto debet fieri coram iudice, non propteréa est satisfactum insinuationi, quia non propter eam, sed ob aliud fuit iudex additus.* Y la exorna, y comprueua Tiraquell. de retract. lignag. §.36.glos.2. num. 22. Riminald. Iunior in §.1.à num.155.art.159.inst.de donationib.Bald.cons. 371. num.5.lib.3.Grat.cap.483.nu.11.lib.3.ibi: *Neque obstat quod prætensa donatio fuit celebrata coram iudice. Quia fuit facta propter aliã solemnitatem, quam propter insinuationem quæ de iure requiritur, cum statutum mandet, quod non possint fieri tales contractus per mulieres, nisi cum decreto iudicis, & alijs solemnitatibus ibi contentis. Vnde concludendum est, nõ esse satisfactum insinuationi quasi iudex fuerit additus, nõ propter eam causam, sed aliam, quia tunc præsentia iudicis non supplet dictam insinuationem.* Y lo comprueua con otros exemplos que alli trae.

102 ¶ Estas doctrinas supuestas, don Bartolome pudo asistir a esta escritura por tres titulos. El primero, como fundador por los bienes que puso. El segundo, para dar validacion con su consentimiento a la disposicion que su padre hazia. El tercero (q̃ es el que oy don Bartolome pretende) como donatario, y sucessor para aceptar las disposiciones de ambos de su padre, y tio.

103 ¶ El primero titulo lo expressò formalmente llamandose fundador, y que asistia como tal en las clausulas que quedan referidas à nu. 87. ad n.

104 ¶ El segundo titulo aunque lo insinuasse, no lo explicò en la forma que dezia, por lo que queda ponderado supra num. & num. del tercero no ay puesta, ni insinuada en toda la escriptura, palabra que mire a el, y lo que mas es, no era, ni fue donatario, ni sucessor, como queda prouado supra num. para que como tal pudiesse acetar.

105 ¶ Luego no se puede sacar de su presencia, acetacion de la disposiciõ, ò ya porque se atienda a la doctrina del num.100. de que el cõsentimiento no se extiende mas de aquello que de necessidad se infiere de el acto a que asiste, pues lo que se infiere de este es, que asistiò como fundador, por serlo

precisso

precisso del, ò se estè a la doctrina del num. 101. de que quando la presencia se insinua, que es para vna cosa en que se puede verificar, no se ha de extender a otra, pues se puede verificar, y caer su presencia en el primero titulo de fundador en que era precisso, y quando de ai se quiera passar (que no puede segun aquellas doctrinas) se pudiera pretender extenderlo al segundo titulo, y fuera sumamēte dificultoso, pero quererlo lleuar demas desto al tercero, no parece posible, quando demas de no auerse expressado, ay la resistencia de no ser sucessor, ni donatario: con que parece queda excluydo este, que es el principal fundamento de D. Bartolome.

II. FVNDAMENTO.

De lo reciproco de el contrato, y respuesta de el.

106 ESTA condicion que mira a la sobreuiuencia de el vsufructo, de que se tratò, numer. 91. cum seqq. tan lexos està de hazer el contracto mas firme, y irreuocable, que antes esta parte se vale della, para q̄ la fundacion fuesse nula, porque semejantes disposiciones quando se hazen por pacto, ó en contrato, no valen por la l. licet 19. C. de pact. ibi: *Licet inter priuatos huiusmodi scriptum quo comprehenditur, vt is qui superVixerit alterius rebus paciatur, nec donationis quidem mortis causa gestæ, efficaciter speciē ostendat.* Y solo se permitiò a los soldados por especial preuilegio suyo, con el qual conviene la l. 33. tit. 11. part. 5. y conduze la l. stipulatio hoc modo concepta, ff de verbor. obligationib. y lo afirman asi la glos. in l. hæreditas, verb. C. de pact. Alexand. cons. 28. nu. 4 lib. 3. Angelus cons. 66 in principio, Casaneus cons. 62. num. 37. Zasio in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verb. obligationibus, Antonius Gomez in l. 22. Taur. num. 28. vers. *Et ex his declaratur*, Burgos de Paz cons. 2. à num. 14. Petrus PeKins de testament. cōiug. lib. 1. cap. 7. num. 4. & per totum, Sarmient. lib. 2. Selectar. cap. 4. num. 3. que dize, que el caso de la l. licet, y de las demas semejantes, son de especie de captatorias, y se dá motiuo a procurarse la muerte. Y responde a la l. si hi invicem 26. ff. de donationib. caus. mort. que procede en donacion particular, no en aquella que contiene la mayor parte de los bienes, como esta, lo mismo prueua Alciat. in dict. l. licet, & lib. 2. Parergon, cap. 31. y Alvaro Valasac. consult. 7. num. 7.

Y quan-

452

107 ¶ Y quando este pacto reciproco pudiera valer, no se sigue, que por esto cada vna de las partes no pudiesse reuocar su disposicion, porq̃ si en vna fundacion llana que dos hazen en vn tercero, es reuocable por qualquiera dellos, ó sea en testamento, ó en contrato, como se compró, supra num. & n. en la que ad inuicem hazen entre si mismos, y despues en otros, mas bien lo ha de ser, supuesto que el pacto de lo reciproco de la sucession, antes anula, que confirma, y assi vienen a ser lugares que determinan el punto en nuestro fauor, los que se citan num. & num.

108 ¶ Y en terminos q̃ no obstãte este pacto se pueda reuocar, lo afirman assi Burgos de Paz, el señor Castil. Iuan Gutierrez, Pedro PeKio, y el señor Larrea en los lugares que quedan referidos supra, num. 92. y especialmente el señor D. Iuan de Larrea dict. decis. 60. en el nu. 8. se opone indiuidualmente de este fundamento con toda la exornacion que puede traerse de leyes, y autoridades, y sin embargo se resoluió en esta Chancilleria en el caso de aquel pleito, que se podia reuocar, aunq̃ vuo el mismo pacto reciproco, y mucho mas fuerte, como consta del fundamento della, illic: *Vt qui eorũ superstes alterius hæres esset, & omnium bonorũ posset disponere.* Y en el num. 1. *Et reciprocam institutionem censeri*, como refiere nu. 10. y desde el n. 11. con los siguientes, hasta el fin, responde a los argumentos que por la otra parte auia considerado, y entre ellos à la disposicion de la reciproca de el numer. 8. con que queda excluydo este fundamento.

III. FVNDAMENTO.

De la reserua de vsufructo, y respuesta de el.

109 ESTA oposicion se excluye. Lo primero, con que para que la reserua de vsufructo, ó otro modo de entrega ficta, sea bastante para passar la possessiõ en el tercero, en cuyo fauor se pone, es necessario que el titulo sea abil, y idoneo para transferir el dominio, no solo en el nõbre, siendo venta, donacion, ò otro semejante, en cuyos terminos hablã la l. quisquis 28. C. de donat. y los demas referidos, supr. n. si no que las palabras han de ser abiles para quererlo transferir, y transferirlo desde luego. Assi lo considerò Hondedeo cons. 18. num. 1. tom. 2. y no auiendolo querido

passar Lorenço de Herrera expressamente en persona alguna, hasta despues de su muerte, como queda prouado, à num. ad num. de ninguna manera passò por el acto ficto de la reserua de vsufructo, y cessa la disposicion de la l. quisquis. Assi lo resuelue el mismo Hondedeo dict. cons. 18. num. 46. ad 50. y especialmente en el num. 49. in fin. donde dixo: *Et quod quando constat donantem reseruasse possessionem, eamq; donec vixerit priuari noluise, cesset dispositio, dict. l. quisquis, nec ex reseruatione vsusfructus transferatur possessio*, probat Nata, &c. Y lo mismo resuelue Nata cons. 474. num. 2. & 5. lib. 2. Mascard. conclus. 1188. á num. 7. Puteo decis. 216. num. 3. lib 2.

110 ¶ Y fue el caso del consejo de Hondedeo mucho mas preciso, porq auia las palabras, *cæssit, & transtulit*; y la clausula prout ex nũc, como se propone en el n. 41. y 42. del, y sin embargo el auerse cõferido el efecto de la disposicion para despues de la muerte de la donante, se lleuò tras si el efecto destas clausulas, y no obran los que aliàs tienen.

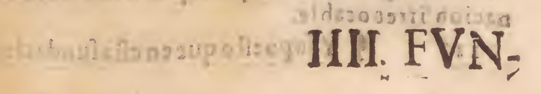
111 ¶ Y por la misma razon la retencion del vsufructo que Lorenço de Herrera hizo de sus bienes, se à y deue entender de el vsufructo causal que está junto con la propiedad, y no del formal, que es el separado, porque como el en su vida quiso retener el dominio, y possessió dellos, y hasta despues de su muerte no quiso dar nada, aquella retencion de vsufructo solo pudo caer sobre el causal, porq de otra manera fuera contrario a lo que expressamente disponia, y este no passa possession alguna, ni en el tiene lugar la l. quisquis, como singularmente obseruò Hondedeo dict. cons. 18 num. 46. ad 48. ibi: *Cum igitur dominium bonorum non fuerit translatum in donatarios viuente domina Marina, cæssant ea omnia, quæ in cõtrarium adducuntur ob reseruationem vsusfructus, nam & si regulariter ex retentione vsusfructus resultet traditio ciuilis possessionis, l. quisquis, vbi DD. C. de donationibus, &c. Retenta naturali possessione penes ipsum vsufructuarium, l. naturaliter in prin. ff. de adquirend. possess. &c. Ea tamen non nocent dominis de Dipplo baratis, quoniam l. quisquis, & alia in contrarium allegata, procedunt quando quis reseruat sibi vsufructum, & transfert dominium; sed quando dominium nõ transfertur, tunc quia iure propio quis non potest vsufructum constituere, & retinere, l. vti frui in prin. ff. si vsufruct. petat. eo casu, ex huiusmodi reseruatione vsusfructus non tranfertur aliqua possessio, vt dixit Ruinus cons. 69. num. 15. vers. Et eadem ratione. lib. 3. quoniam intelligitur facta reseruatio vsusfructus causalis, qui coniunctus est cum propietate, ex qua rereseruatione nulla taansfertur possessio, neque in ea locum habet, l. quisquis, C. de donationibus quæ solum procedit quando etiam dominium fuit translatum.* Y assi refiere auerse determinado en la Rota, y la misma resoluciõ tuuo Puteo in decis. 216.

& in decis. 222. lib. 2. y Iuan Bautista Ponce in tract. de spolio cap. 24. nu. 103. y Mascard concl. 1188. nu. 1.

112 ¶ La segunda respuesta es, que quando el que pone el acto ficto de translacion de possession el mismo en su vida, interuiette la possession al donatario, ò se la quita, ò interrompe, pierde la fuerça, y dexa de obrar sus efectos, como en el constituto afirman Bald. in l. si quis argentum, §. sed siquidem de donationibus, idem Bald. in l. actione, §. renuntiare, vers. *Quid si vendo*, ff. pro socio, Tello Fernandez in l. 27. Taur. num. 23. Dom. Larrea decis. 10. num. 36. tom. 1. ibi: *Rursus prædicta ratio innatur, quia licet constitutum posset in hoc casu effectum habere, non tamen vim obtinet, si constituens interuerterit constitutario possessionem.* Y Lorenço de Herrera a qui no solo perturbò la possession, que se pudiera pretender que passó en los sucessores, si no que se la quitò totalmente, y la passò en el Capitan Iuan Rodriguez Machado, entregandosela con los mismos bienes, en virtud de la segunda fundacion que en su virtud hizo, con que quedó sin efecto alguno la reserua.

113 ¶ Lo tercero, porque para que obre la reserua es menester que aquel en cuyo fauor se haze, la acete, porque si no no passa possession alguna en el, vt arg l. 3. in princ. l. quemadmodum, l. quod meo, §. si furioso, l. si seruus communis, §. 1. ff. de adquirend. posses. & post alios Tiraquellus, de constitut. 3. part. limit. 30. num. 1. Peguer. decis. crimin. cap. 48. num. 9. & 10. Bertrand. cons. 173. num. 12. volum. 2. Cancer. var. tom. 1. cap. 8. num. 34. in fin. Alvar. Valasc. conclus. 55. num. 2. Dom. Molin. lib. 4. cap. 2. num. 64. ibi: *Quod adde o verum est, quod etiam si clausula cõstituti, vel reseruatio vsusfructus in maioratu interueniat, reuocari posit si aceptatum non fuerit clausula, namque constituti, vel reseruatio vsusfructus, nihil operantur nisi á parte in cuius fauore appositæ fuerint, aceptatæ sint.* Thesaur. decis. 10 n. 6. & 7. & post alios Hermos. in l. 4. tit. 4. part. 5 glos. 1. n. 35 que con Anton. Gomez, Tello Fernandez, Iuan Gutierrez, Angul. y otros resueluen lo mismo, y que podrà el fundador reuocar la disposicion libremente, antes q̃ la reserua de vsufructo se aya aceptado por aquel en cuyo fauor se puso.

114 ¶ Y no auiendose aqui acetado, ni la reserua, ni la fundacion por los sucessores, ni por otra persona alguna, como hasta aqui se ha fundado, no obrò nada la reserua, y se pudo reuocar la fundacion, como se hizo.



IIII. FVN-

IIII. FVNDAMENTO

De el pacto de no reuocar, y respuesta de el.

115 A ESTE fundamento se responde, que es muy controuertido en el derecho si el pacto de no reuocar puede hazer la donacion irreuocable, y para ello baste el lugar del señor Molina lib. 4. cap. 2. à num. 40. ad 54. donde trae tan graues fundamentos por vna y otra parte, que no se puede dexar de confessar la duda de ella, y aunque el señor Molina se inclina a que puede hazer la fundacion irreuocable, lo contrario defendieron Mieres de maiorat. 1. part. quæst. 30. per tot. Dom. Valençuela cons. 63. á numer. 34. tom. 1.

116 ¶ Pero aunque se quisiesse tener por mas cierta la opinion cõtraria, tienen vn notable requisito en fauor nuestro, que es, que de necessidad el pacto de no reuocar se ha de acetar por el en cuyo fauor se pone, y antes que se acete se puede muy bien reuocar, y esta es doctrina constante de el mismo señor Molina lib. 4. cap. 2. num. 64. vers. *Quod etiam*, ibi: *Quod etiam in maioratu cui pactum de non reuocando adiectum est, procedit: Ante aceptationem enim reuocari poterit. Nam hoc etiam pactum necessario aceptandum est, vt probatur ex his, quæ pauloante circa constitutum, & vsusfructus reseruationem cumulauimus: Sic enim maioratus ex dictis clausulis irreuocabilis non efficitur ante aceptationem pariatione id in pacto de non reuocando, dicendum erit, cum non magis ex vna clausula quàm ex alia maioratus fiat reuocabilis, quod probatur euidentissime: nã donatio quæ aliás erat irreuocabilis, ex dicto pacto transsit in donationem inter viuos irreuocabiliter, ex dict. l. vbi donatur, sed donatio inter viuos quantuncunque irreuocabilis potest ante aceptationẽ reuocari, vt iam ostensum est, igitur constat idem dicendum in maioratu cui prædicta clausula apposita est, quæ opinio mihi vera videtur.* Lo mismo resuelue Angulo de meliorat. in l. 1. glos. 8. num. 4. & 8. Gratian. discept. tom. 3. cap. 575. num. 3. Hermos. in l. 4. tit. 4. part. 5. glos. 1. num. 38. & 39. Dom. Castillo lib. 6. cap. 152. num. 13. col. 2. post medium. Y los dos vltimos afirmã, que en esta conformidad se han de entender todos los que dixeron con generalidad, que el pacto de no reuocar haze la donacion irreuocable.

117 ¶ Y supuesto que en esta fundacion no huuo acetacion,